

Recensión a Tobias Rudolph,
*Das Korrespondenzprinzip im
Strafrecht*

*Der Vorrang von ex-ante Betrachtung gegenüber ex-post Betrachtung bei der
strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin (Duncker & Humblot) 2006, 151 págs.

Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez
Universidad de Navarra

Esta publicación recoge la investigación que fue presentada como tesis doctoral en el semestre de verano de 2005 en la Universidad de Erlangen-Núremberg. Como tal, constituye un detallado estudio de algunas categorías propuestas por su director, el Prof. Dr. Joachim *Hruschka*, sobre la doctrina de la imputación. A la vez, presenta un desarrollo a partir de dichas categorías.

La tesis central de este trabajo queda expuesta desde el primer epígrafe (pp. 13-17): lo que el autor denomina «principio de correspondencia» es un principio general según el cual, todo juicio *ex post* presupone un juicio *ex ante* con el que debe ser coincidente. En concreto, cualquier juicio *ex post* sobre una conducta humana debe corresponderse con un juicio *ex ante* sobre la capacidad individual del sujeto para modificar las circunstancias que se le presentan al actuar. El principio de correspondencia no resulta ajeno al Derecho penal actual, sino que aparece en diversos lugares de su sistemática. Así, según la fórmula habitual en sede de imputación objetiva, se trata de constatar que un peligro creado contra un bien jurídico (valorado según un juicio de peligro *ex ante*) se realiza en el concreto resultado (valorado según un juicio *ex post*). En dicha sede, y como significativa expresión del principio de correspondencia, se precisa una correlación entre ambos juicios, de manera que los conocimientos (más amplios) que posea quien juzga *ex post* no deben ser relevantes, sino que el juzgador *ex post* debe limitarse a lo constatable en un juicio *ex ante*. Más allá de la «imputación objetiva», se propone para otras categorías: también para la acción o el dolo, en cuanto enjuician *ex post* la representación *ex ante* por el sujeto de la posibilidad de que se produzca una modificación externa. El autor atribuye un valor decisivo al principio de correspondencia, al que considera llamado a desarrollar un sistema coherente de la imputación jurídico-penal (p. 17).

Antes de adentrarse en su presentación, se exponen dos presupuestos básicos. Por un lado, el por *Rudolph* denominado «juicio primario de imputación», referido a un hipotético suceso futuro (p. 18). Al que sigue el también por él denominado «juicio secundario de imputación», referido a un real suceso ya pasado (p. 19), al suceso como acción/omisión (en cuanto a la posibilidad de obrar), como doloso/imprudente (en cuanto a la capacidad cognoscitiva de la situación), como consumado/intentado (en cuanto al peligro y el resultado). En la medida en que en dicho juicio secundario de imputación se cumplan los elementos de acción, dolo y consumación, habrá más motivos para la sanción que en caso contrario, en los que procederá la atenuación (p. 25). El autor da acogida en el juicio primario de imputación a contenidos que van más allá de lo que se exige en el juicio de imputación de primer nivel o *imputatio facti* (p. 28); es más, el principio de correspondencia opera también en sede de aplicación de la ley al hecho (p. 30). Con ello se pone de manifiesto con claridad que dicho principio y los juicios primario y secundario de imputación no coinciden con los ya conocidos de *imputatio facti* (o de primer nivel) e *imputatio iuris* (de segundo nivel).

Sobre esta base, el trabajo se estructura en tres partes. La primera se refiere a los conceptos fundamentales de la imputación jurídico-penal sobre los que después se

construirá el modelo propuesto. La segunda parte, referida a los deberes jurídico-penales, es una reflexión sobre deber y norma, sobre la posibilidad de su cumplimiento, sobre su infracción y la pena. Y la tercera traza las principales consecuencias del principio de correspondencia en la dogmática jurídico-penal, en particular, en sede de acción y omisión, dolo e imprudencia, consumación y tentativa.

En cuanto a los fundamentos de la imputación jurídico-penal expuestos en la primera parte (pp. 26-45), el autor da por supuestos muchos conceptos, pero no pasa por alto su definición (en concreto, destaca los conceptos de imputación y sus dos niveles *-facti, iuris-*, de reglas de conducta y reglas de sanción, de libertad), sino que insiste en la necesidad de evitar la confusión entre reglas de imputación y de conducta, y entre ambas modalidades y las de sanción. Se parte de que sin libertad no es posible ni conducta, ni normas, ni imputación; pero eso no supone un concepto «ingenuo» de libertad. Por el contrario, es preciso distinguir dos niveles de libertad (normativizada), en paralelo a los dos niveles de la imputación. Ya a la hora de trazar estos conceptos básicos, se revela la operatividad del principio de correspondencia (como expresión del «deber implica poder», es decir, que si se exige cumplir un deber, es porque se parte de que el destinatario está en condiciones de poder cumplirlo), pues no puede afirmarse *ex post* que se infringe un deber si el destinatario no podía *ex ante* darle cumplimiento. Sobre la base de tales conceptos se proponen dos tesis que resultan claves: la realidad no puede percibirse como mera realidad sino como expresión de imágenes («*Abbildern*») sobre ella; y dichas imágenes de la realidad se construyen con una finalidad, en función de la cual se enjuicia si se adecua en más o en menos. Esta finalidad es la *imputación*, y las imágenes de la realidad son la consideración de los procesos presenciados como *hechos*... De este modo se revela un proceso circular entre objeto, baremo de medición, medición y fin para el que se mide aquél.

Tras esta primera parte, pero antes de adentrarse en las concretas repercusiones del «principio de correspondencia» en el sistema del delito, *Rudolph* expone la dinámica de deberes y normas. Se trata de la segunda parte, de transición hacia la constructiva, a la vez que de contenido fundamentador. En dicha segunda parte, se expone cómo la norma tiene como presupuesto una decisión valorativa sobre el bien a tutelar aun a costa de cierta restricción de libertad; la norma, general, da lugar al deber concreto tras la consideración de la posibilidad empírica de actuar este sujeto singular en este caso. Sólo entonces podemos hablar de un deber del sujeto concreto (p. 47). Sobre el cumplimiento o no de un deber emitimos juicios de imputación. Éstos tienen carácter objetivo, es decir, que son los juicios que emitiría un sujeto razonable en esa situación, los juicios del imaginario «espectador objetivo». Y dichos juicios objetivos se dan tanto *ex ante* (prediciendo lo que se va a realizar), como *ex post* (enjuiciando lo ya realizado): el «principio de correspondencia» restringe, puesto que obliga a adecuar el juicio *ex post*. El juicio primario de imputación tiene por objeto las capacidades corporales y cognitivas del sujeto, eventual candidato a estar sometido a un concreto deber. Dichas capacidades se refieren a una particular situación de peligro en la que el sujeto se ve envuelto y para la que puede existir un específico deber de actuar o no actuar: pero sólo cuando se

correspondan ambas (corporales y cognitivas) podrá hablarse de un deber. A partir de aquí, expresa el autor con rotundidad: «Las condiciones suficientes de un deber efectivo –esto es, los presupuestos de la imputación primaria– se cumplen si para un sujeto, contemplado desde una perspectiva ideal *ex ante*, es *posible* y *cognoscible* crear o apartar un peligro para un bien jurídico protegido, y si a la vez existe una *norma* de conducta según la cual el sujeto debe emplear sus capacidades individuales para producir la correspondiente modificación o no modificación del mundo exterior.» (p. 65, resaltado en el texto). Cumplidas las condiciones de este juicio primario de imputación sigue el de carácter secundario.

Pero hay también supuestos en los que se sanciona aun sin haberse infringido un deber jurídico-penal, los casos de imputación extraordinaria (no así los de tentativa inidónea, p. 93), grupos de casos extrasistemáticos que sin embargo es preciso acoger en Derecho penal (pp. 78-93). La imputación extraordinaria es el ámbito propio de las incumbencias («*Obliegenheiten*»). En sede de imprudencia, en concreto, el recurso a la imputación extraordinaria y a las incumbencias permite superar el defecto a que se ve abocada la doctrina de la acción final, pues se trata de casos en los que no hay conocimiento respecto a algún dato relevante. Lo coherente parece ser entonces el hacer una excepción y, a pesar de ello, imputar con base en que era posible haber conocido. En este punto el autor se separa de lo expuesto por *Hruschka*, pues así como éste exige para imputar obrar con conocimiento actual salvo en algún aspecto relevante, *Rudolph* exige la posibilidad de conocer («*Erkennbarkeit*») como presupuesto para la imputación de la infracción, tanto de un deber como de una incumbencia (pp. 87-88). Por lo que habría también casos de imprudencia que no se imputan de manera extraordinaria, sino como infracción de deber (p. 89). Por lo que hace al principio de correspondencia, se atribuirá como infracción de una incumbencia, si el juicio *ex ante* de la situación coincide con el juicio *ex post*.

Finalmente, en la tercera parte el autor extrae consecuencias del principio de correspondencia en tres categorías de la dogmática penal: acción y omisión, dolo e imprudencia, consumación y tentativa. Y lo realiza en el ámbito del llamado juicio secundario de imputación, es decir, el referido a la confrontación de un real suceso ya pasado con el suceso futuro hipotético y previsible. Es entonces cuando el autor designa a dicho juicio como «modelo plus» (pp. 95-103). Con ello se refiere a que cada uno de los primeros de los pares conceptuales (acción, dolo y consumación) añade algo al respectivo segundo elemento. Así, se da un obrar activo cuando el sujeto ejerce sus capacidades corporales precisamente en el sentido exigido en un deber. Y el dolo, cuando se percibe algo que ya *ex ante* era perceptible. Y la consumación, cuando el resultado es consecuencia previsible de un peligro vinculado a la conducta del sujeto. A partir de aquí, el autor se enfrenta a algunos problemas habituales en cada uno de los grupos de categorías. Así, el lector ve cómo el principio de correspondencia despliega su virtualidad en sede de interrupción de cursos causales salvadores, distinción de acción y omisión, dolo eventual, responsabilidad de la víctima, cursos causales hipotéticos, *dolus generalis*...

El autor culmina así, no sólo una propuesta doctrinal más o menos plausible, sino que analiza su viabilidad sometiendo el principio en diversos grupos de casos que han sido y siguen siendo problemáticos en la doctrina jurídico-penal. De ahí, buena parte del mérito de esta investigación: el esfuerzo de *Rudolph* por someter a prueba un modelo de responsabilidad que resulta de contar con el principio de correspondencia. Al respecto cabe efectuar algunas observaciones.

Es importante observar que, como el propio autor se adelanta a precisar (p. 13, nota 3), los juicios primario y secundario de imputación no presentan objetos idénticos, pues uno se refiere a un suceso hipotético y futuro; el otro, a uno real y ya pasado. De ahí que –según me parece– se evite la terminología de principio de «identidad», para emplear la de «correspondencia». De este modo, el principio de correspondencia exige la coincidencia de un objeto desdoblado en dos (*ex ante* y *ex post*) que es ya por eso mismo un cambio de objeto.

Por lo demás, los dos juicios (primario y secundario) de imputación que presupone el principio de correspondencia no coinciden con los desvelados por la doctrina de la imputación (*facti* y *iuris*). El propio autor no los considera sin embargo incompatibles (cfr., por ejemplo, p. 102). Pero cabe dudar de tal compatibilidad: la dualidad *imputatio facti/imputatio iuris* es posible si se parte también de la existencia de una operación intermedia, como es la de *applicatio legis ad factum*. De este modo se separan operaciones de diverso género: las de imputación en sentido estricto y las de medición de lo imputado como *factum* «con arreglo a las reglas» de conducta que regían en el momento de actuar. A esta operación de medición sigue la imputación como demeritorio, culpable, de lo que resulta ser contrario a Derecho (*imputatio iuris*). Pero el triple orden de conceptos destacado por *Rudolph* da acogida a cuestiones que afectan propiamente a la imputación (así, el *factum*, el dolo) con otras que pertenecen a las reglas de conducta empleadas como baremo de medición (así, la acción/omisión, la consumación/tentativa). En efecto, la distinción entre acción y omisión presenta una faceta propia de la *imputatio facti*, en cuanto que la imputación de algo distingue ya inicialmente entre un proceso y una inactividad. Lo cual es posible porque el sujeto imputante adelanta ya la concreta regla que va a emplear en la medición. Pero eso no transforma la regla de conducta prescriptiva en una regla de imputación, sino que han de mantenerse separadas ambas operaciones: la de imputación del hecho y la de su medición con las reglas prohibitivas y prescriptivas. Mérito de *Rudolph* es haber destacado cómo en la imputación de algo como hecho adelantamos un juicio sobre la cualidad activa u omisiva de lo imputado.

El lector debe mantenerse precavido de no buscar paralelismos –a mi modo de ver, indebidos– entre omisión e imprudencia o tentativa. Se trata de un riesgo inherente al modelo del principio de correspondencia en cuanto que parte de un elemento común a acción, dolo y consumación: la individual capacidad del agente para modificar las circunstancias que al actuar se le presentan. Una posibilidad de hallar tal elemento

básico común sería entender que la acción, en cuanto capacidad de desplegar las capacidades corporales, se corresponde con una mínima capacidad de autocontrol o volición; y que el dolo, en cuanto cognoscibilidad, con el conocimiento. En cambio, la consumación sería un desplegarse coherente de las capacidades de actuar de acuerdo con la representación del agente (una manera de evitar la divergencia que la tentativa encierra entre lo realizado y la realización efectiva). Pero eso supondría apartarse de la propuesta de *Rudolph*, quien ve un elemento común entre las tres categorías: la correspondencia entre el juicio primario y el secundario de imputación. Lo cual suscita algunas dudas: la de si eso supone entremezclar aspectos de diverso orden, como ya se ha señalado, pues se entrelazan juicios de *imputación* del hecho con juicios de *valoración* del hecho.

El modelo propuesto tampoco coincide con los criterios de simultaneidad y correspondencia entre el aspecto cognoscitivo y el control del riesgo (descrito por *Hruschka* para poder afirmar la existencia de un hecho), pues la «correspondencia» se refiere a dos juicios ya temporalmente diversos (*ex ante* y *ex post*) y no siempre sobre el riesgo (así, para la consumación). Sin embargo, acierta *Rudolph* en resaltar que el juicio que emite el juzgador, el imputante, en un momento concreto (*ex post*) se refiere a sucesos y acontecimientos que han tenido lugar con anterioridad (*ex ante*). La perspectiva del agente es, en cambio, *ex ante* (se trata de un *agendum*, si se me permite la expresión) sobre un suceso *ex post*, el hecho. Como expuso *Baldó Lavilla* en su tesis doctoral, no se trata meramente de la distinción entre las perspectivas *ex ante* y *ex post*, sino también del momento de emisión del juicio: sobre la situación *ex ante*, y además *ex ante facto*. Al imputar, la primera de las perspectivas permite grandes avances y desvela claros paralelismos en sede de dolo y error, como también en la valoración de la tentativa.

Se presentan también otras dudas. Así, la de cómo operará tal principio en sede de justificación. Aunque no haya merecido amplia atención en esta publicación, de seguro cabe pensar que quien, como *Rudolph*, conoce bien las relaciones lógicas entre reglas y acciones no ha pasado por alto este aspecto. En efecto, las causas de justificación constituyen el contradictorio lógico de las prohibiciones y prescripciones, por lo que no se oponen frente a hecho y omisión, sino que a las reglas prohibitivas se oponen, como su contradictorio lógico, las permisiones; y a las reglas prescriptivas, las exenciones o «eximentes», también como su contradictorio lógico. Luego tendría relevancia para acción y omisión, uno de los pares conceptuales a los que el principio de correspondencia parece afectar más claramente. Pero sería oportuno culminar su investigación también en tal sede.

El trabajo de *Rudolph* constituye un valioso ejemplo de la capacidad de rendimiento que puede desplegar la doctrina clásica de la imputación que ha expuesto *Hruschka* en diversos trabajos. Aquí *Rudolph* no se ha limitado a exponer y articular lo ya conocido, sino que ha ido más allá desarrollando nuevas aplicaciones. Destaca sin duda en su trabajo la originalidad y la audacia para adentrarse en un tema que exige una madurez

y conocimiento, tanto de los fundamentos, como de los detalles aplicados de la doctrina de la imputación, uno de los ejes del Derecho penal.